

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: A REGULAMENTAÇÃO DAS ADINS. E ADCS PELA LEI N. 9.868/99

Luis Carlos Cancellier de Olivo*

SUMÁRIO: Considerações iniciais. Originalidade da ação. Preliminar de inconstitucionalidade. Em defesa da ação. Finalidade das ações. Petição inicial na Lei n. 9.868/99. Abrangência do ato. Dúvida sobre os prazos. Legitimados para propor a ação. Consultas ampliadas. Concessão de liminar. Procedência e improcedência. Suspensão da declaração. Efeito e eficácia da sentença. Regras comuns para ADIn. e ADC. Alterações no CPC. Considerações finais. Bibliografia.

Considerações iniciais

Sancionada em 10 de novembro deste ano e publicada no dia seguinte no Diário Oficial da União, a Lei n. 9.868 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹

* *Jornalista, Advogado, Mestrando em Direito/UFSC. Professor Substituto de Instituições de Direito Público — UFSC. Autor de “Direito e internet: a regulamentação do ciberespaço”, Ed. UFSC, 1999.*

1 O texto integral da lei pode ser encontrado em “<http://www.damasio.com.br>”.

Com isso estabelecem-se as normas processuais necessárias para regular estes dois importantes instrumentos de controle de constitucionalidade das leis vigentes no ordenamento jurídico nacional. Buscou o legislador clarear dúvidas e questionamentos, notadamente doutrinários, surgidos ao longo dos últimos anos, em especial no que se refere à Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A Lei n. 9.868 estabelece o rito processual para os institutos previstos nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988, fruto da Emenda Constitucional n. 3/93. Isto significa que, neste interregno de seis anos, o controle de constitucionalidade abstrato efetuado pelo STF foi processado conforme o entendimento jurisprudencial e regimental da nossa Alta Corte.

Reivindicavam os doutrinadores a expedição do presente diploma legal. Muitos dos críticos da ADC admitiam mesmo a possibilidade de que alguns dos vícios apontados viessem a ser sanados pela nova lei. Os defensores, por seu turno, aguardavam a confirmação de suas posições teóricas no texto regulamentador.

O que se pretende, neste estudo, é analisar a Lei n. 9.868 tendo em vista justamente a expectativa anteriormente manifestada pela doutrina brasileira sobre o controle de constitucionalidade.

Originalidade da ação

A expressão “ação declaratória de constitucionalidade” entrou no dicionário jurídico brasileiro a partir de um artigo publicado em 1992 no jornal O ESTADO DE SÃO PAULO², pelos constitucionalistas Ives Gandra MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES. Na oportunidade, ofereciam este instrumento como alternativa à iniciativa do Governo COLLOR em reintroduzir o instituto da advocatória³, criado pela EC n. 7/77 e não recepcionado pela CF/88.

-
- 2 MARTINS, Ives Gandra da Silva, GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 121.
 - 3 Introduzida na CF/697, a advocatória atribuía ao STF, no art. 119, I, “o”, competência originária para apreciar “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Apresentado pelo Deputado Roberto Campos, a sugestão foi substituída por outro projeto de autoria do Deputado Benito Gama que, aprovado, transformou-se na polêmica EC n. 3. Oficialmente estava criada a ADC, esta invenção brasileira que não encontra paralelo em nenhuma outra legislação, segundo Marcelo FIGUEIREDO⁴.

Conforme sustenta Gilmar MENDES⁵, tal instituto tem sua fundamentação teórica no direito alemão e não constitui nenhuma novidade no direito pátrio. A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que criou a Ação de Representação Direta de Inconstitucionalidade, já possibilitava ao Procurador-Geral, o único legitimado para apresentá-la, defender a constitucionalidade de uma norma quando instado por terceiros a argüir-lhe a inconstitucionalidade.

Por isso MENDES considera que a ADC nada mais é do que uma ADIn. com sinal trocado⁶. Este é o mesmo entendimento de MACHADO, ao destacar que embora as duas ações tenham um tratamento diverso, elas, na verdade, “não sejam, no essencial, diversas. Ambas constituem forma de provocação da Corte Maior para manifestar sobre atos normativos em tese”.⁷

Segundo Clèmerson CLÈVE, a sociedade atual, técnica e de massas, alterou o perfil dos conflitos de interesses, que de individual passaram a ser coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Inúmeros instrumentos normativos foram criados recentemente para compor esta realidade, como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o Có-

4 FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995. Segundo ele, na constituição alemã de Weimar, em 1919, no seu artigo 13, existia a possibilidade de se pedir o pronunciamento de um Tribunal em caso de dúvidas ou controvérsias sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal (pág. 59). A Lei Fundamental de Bonn outorgou à Corte Suprema a competência para exercer o controle abstrato no caso de existência de dúvidas entre compatibilidade de leis federais e a Lei Fundamental (pág. 62).

6 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 62.

7 MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 112.

digo de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo as duas ações que visam ao controle de constitucionalidade.⁸

A complexidade do Estado, exemplifica, cria a necessidade de uma atividade legiferante intensa, fruto dos planos econômicos ou do princípio federativo. Ao mesmo tempo, a CF/88, refletindo a transição de um regime autoritário, possibilitou o fortalecimento do Judiciário e o desenvolvimento da cidadania.⁹

Celso Ribeiro BASTOS não poupa críticas à ADC por instituir o efeito vinculante, atendendo assim aos “interesses governamentais miúdos, consistentes em ver eliminadas discussões legitimamente travadas em torno de leis sabidamente mal elaboradas e inconstitucionais, o que tem sido uma tônica de nossa frágil e instável República”. Para ele a inovação legislativa “em nada engrandece quem a editou e aqueles que estão a elas subordinados, quer como súditos deste Estado, quer como agentes do Poder Judiciário”.¹⁰

Na realidade, frisa Arnaldo WALD¹¹, a ação direta de constitucionalidade é “um instrumento de unificação jurisprudencial cuja finalidade básica é evitar a demora e as contradições em relação a questões constitucionais de alta relevância que, se não forem resolvidas rapidamente, podem ensejar um verdadeiro caos jurídico, prejudicando a economia nacional e o próprio desenvolvimento do País”.

Esta parece ser a posição predominante. A incorporação da ADC ao texto constitucional, com as suas duas características mais importantes — eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante — bem como a sua regulamentação pela Lei n. 9.868, obrigam-nos a tratar do tema como um fato consolidado. Isto não impede, entretanto, que sejam suscitadas as dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

8 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. SP: Revista dos Tribunais, 1995, p. 181.

9 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 183.

10 BASTOS, Celso Ribeiro. Ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 38.

11 WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 33.

Preliminar de inconstitucionalidade

Antes de entrarmos na análise propriamente dita da Lei n. 9.868, é necessário resgatar o debate que se travou no cenário nacional sobre a constitucionalidade da ADC criada pela já referida EC n. 3.

Para Celso Ribeiro BASTOS, a ADC seria inconstitucional por basicamente violar direito individual. Ele reconhece que a ação é objetiva, não envolvendo direito individual. Mas como a decisão tem efeito vinculante e é *erga omnes*, os direitos individuais “ficam envolvidos na confirmação da validade jurídica da tese consagrada na lei assim chancelada”. Essa lesão de direitos, sustenta este autor, passa a ser inapreciável ou não conhecível pelo Judiciário, constituindo-se em “violenta e flagrante transgressão ao princípio de que nenhuma violação de direito individual ou ameaça será subtraída à apreciação do Poder Judiciário”.¹²

Por sua vez, Evaldo BRITO questiona mesmo a legitimidade da norma que criou a ADC, visto que uma norma apenas é legítima quando se funda em valores supremos da humanidade “tipificadores também de um poder formal conformado pelas características de um Estado de Direito democrático”.¹³

Entre esses valores supremos encontram-se a liberdade, a justiça, a igualdade, o pluralismo político, dentre outros que constituem direitos fundamentais, “porque são prerrogativas inatas do homem a que cumpre o Estado preservar desde que foi criado, apenas, para assegurá-los”.

BRITO considera que a norma em exame não é fiel a esses elementos, razão pela qual não tem legitimidade.¹⁴

Com a ADC, opina José Rogério TUCCI¹⁵, o STF “...equipara-se, em derradeira reflexão, a um órgão certificador da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não sendo esse, à evidência, mister que lhe toca”. Tal controle, segundo ele, caberia apenas ao poder Legislativo.

12 BASTOS, Celso Ribeiro, *Op. cit.*, p. 36.

13 BRITO, Evaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 44.

14 BRITO, Evaldo. *Op. cit.*, p. 45.

15 TUCCI, José Rogério Cruz. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 138.

Tido inicialmente como um dos mentores deste tipo de ação, Ives GANDRA¹⁶ tornou-se um dos seus mais ferrenhos opositores, dando a entender que sua sugestão original fora alterada, contemplando apenas lei federal e admitindo a possibilidade de liminar.

Para ele, a não observância do contraditório e ampla defesa constituem os principais indicadores da inconstitucionalidade da ADC, permitindo que o STF decida apenas com a propositura da ação declaratória “sem que nenhum elemento da sociedade, que esteja discutindo a matéria em instâncias inferiores, possa participar do processo”. Para GANDRA a sociedade não terá como se defender, visto que não poderá constitucionalmente integrar a lide. Tal impedimento resulta numa afronta às garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa, constituindo ataque à cláusula pétrea do art. 60, IV, da CF/88.

Pelos mesmos motivos, o emérito jurista brasileiro considera também inconstitucional o efeito vinculante, visto que supre os direitos e garantias individuais do art. 5º, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o livre acesso ao Judiciário, além de violar o princípio da separação dos poderes, transformando o Legislativo em um “poder diminuto e inseguro”.¹⁷

Outros autores igualmente atacam a constitucionalidade quer do ato que instituiu a Ação quer da própria ADC. Assim temos Ana Maria SCARTEZZINI a alegar que no Brasil impera a presunção de constitucionalidade da lei e que toda lei é constitucional, até prova em contrário. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima.¹⁸

O desrespeito ao princípio do contraditório está expresso na determinação de que as decisões da ADC produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, resultando que o cidadão comum, que sofre os efeitos desta decisão, fica impedido de intervir na ação para defender seus interesses. Para ela não há dúvidas de que há quebra do princípio da Indepen-

16 MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Op. cit.*, p. 123.

17 MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Op. cit.*, p. 133.

18 SCARTEZZINI, Ana Maria. A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 7.

dência dos poderes, pois a ADC transforma o STF em órgão sancionador da atividade legislativa, criando o desequilíbrio entre os poderes estatais.¹⁹

Não é outro o entendimento de Marcelo FIGUEIREDO, para quem “a nova previsão desfigura a idéia e função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade”. Nesse sentido, declarar a constitucionalidade, nos moldes previstos na ação, é, em última análise, legislar, instaurando-se a dependência entre Legislativo e Judiciário. Doravante, adverte, o Parlamentar “fará a lei sob condição: aguarda-se a chancela, o crivo do Judiciário”.²⁰

Outro aspecto é destacado por Evaldo BRITO: como a existência de partes é um elemento constitutivo da ação, não pode haver ação sem partes. Existindo uma só pessoa, não há, obviamente, parte. Como na ADC não se especifica qual a parte contrária, não se trata de ação e, assim, “não legitima a atribuição que se pretende conferir ao Supremo, além dos demais efeitos de que é portadora”.²¹

Em defesa da ação

Os principais argumentos em defesa da ação são levantados por Gilmar MENDES, que, ao contrário de Ives GANDRA, não identifica nela qualquer elemento tendente à inconstitucionalidade. Vejamos, em resumo, algumas de suas posições:

a) no controle abstrato e objetivo não há necessidade de réu. A não existência de um réu não constitui qualquer atecnia ou aberração. A ADC configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade da lei. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio;²²

b) o efeito vinculante é constitucional. Nos modelos concentrados da Áustria, Alemanha, Espanha ou Portugal, não se espera que os órgãos de jurisdição ordinária decidam contra a orientação do Tribunal Constitu-

19 SCARTEZZINI, Ana Maria. *Op. cit.*, p. 12.

20 FIGUEIREDO, Marcelo, *Op. cit.*, p. 169.

21 BRITO, Evaldo. *Op. cit.*, p. 48.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 53.

cional. Nos Estados Unidos, o *stare decisis* vincula os órgãos inferiores à jurisprudência das Cortes superiores, notadamente da Suprema Corte;²³

c) a tendência é pelo controle concentrado. No Brasil, o modelo de controle incidental ou difuso vem perdendo força desde a Emenda n. 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de constitucionalidade. A Constituição de 88, ao ampliar os legitimados da ADIn., atenuou ainda mais o significado do controle incidental;²⁴

d) a Independência dos juízes deve ser entendida como liberdade em relação aos demais órgãos estatais que não os próprios Tribunais. Até porque não se questiona a vinculação dos juízes e Tribunais às decisões específicas das Cortes superiores, que podem cassar, reformar, suspender julgados das Cortes inferiores;²⁵

e) insegurança jurídica como fator de admissibilidade. Para ser admissível a ação é necessário que haja a controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, por meio de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada. A simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei;²⁶

f) existe a possibilidade de reapreciação pelo Tribunal, desde que haja mudança do conteúdo da Constituição, das “relações fáticas ou da concepção jurídica geral”, segundo Hans BROX.²⁷ Ademais, a cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão) possibilita que se argua perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta de constitucionalidade.²⁸

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 56.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 58.

25 *Idem.*

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 86.

27 BROX, Hans, citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 96.

28 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 98.

Para encerrar este item sobre esta questão, trazemos à colação a posição intermediária de José AFONSO DA SILVA²⁹ que não a descarta por completo nem diz que a ADC é inconstitucional per si: antes de ser ação, a ADC é meio de impugnação. Não se trata de um processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, pois no substrato estão relações materiais controvertidas.

Considera SILVA que a constitucionalidade vai ser verificada apenas quando do processamento da medida no STF, onde deve ser observado um mínimo de contraditório, conforme o voto (vencido) do Ministro Ilmar Galvão, na ADC 1-1—DF. Sem isso a ADC seria inconstitucional.

Finalidade das ações

Na análise da Lei n. 9.868/99, uma primeira constatação que fica evidente é a diferença de finalidades que se busca alcançar, seja com a ADIn., seja com a ADC. Reza o inciso I do art. 3º que a petição propositora da ADIn. indicará “o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado”. Já o inciso I do art. 14 ressalta que petição inicial da ADC indicará “o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado”.

Ou seja, enquanto uma ação busca um posicionamento do STF sobre um ato que se pretende impugnar, por inconstitucional, retirando-o do ordenamento, a outra busca tão-somente obter da Corte superior uma declaração de que determinado ato, que está sendo questionado, tem validade constitucional.

O STF não é órgão de consulta, mas guardião da lei, segundo o art. 102 da CF. Logo, sua função é de dar solução para controvérsias. Na ADC 1-1—DF, o Ministro Neri da SILVEIRA ofereceu a orientação, adotada pelo STF, impondo a demonstração, na inicial, do dissídio em torno da constitucionalidade já instaurado em outras Cortes, Juízos e órgãos judiciários, à época do ajuizamento da ação.³⁰

Nesse sentido é que explicita a lei a necessidade da clara controvérsia judicial.

29 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16.ed., SP: Malheiros, 1999, p. 58.

30 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 201.

Petição inicial na Lei n. 9.868

Esta diferença de finalidade a alcançar também se reflete na formulação da petição inicial. Assim é que, conforme o art. 3º, I, na ADIn, a petição indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; enquanto que o art. 14, III, estabelece que na ADC a exigência de apresentação de documento comprova a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Abrangência do ato

O que se pretende impugnar ou questionar nestas ações é a adequação de dispositivo da lei ou do ato normativo à Constituição, conforme prevê o acima citado inciso I do art. 3º, em se tratando de ADIn, ou do inciso I do art. 13, quando for o caso de ADC.

No entanto, o legislador não indica qual o alcance territorial da norma a ser declarada inconstitucional, se federal, estadual ou ambas. A CF/88, no seu art. 102, I, *a*, deixa claro que a ADIn, abrange tanto a lei federal quanto a estadual. Já o art. 13 da ADC explicita que se trata de lei ou ato normativo federal. A questão que merece ser levantada, sob este aspecto, está no § 2º do art. 20, quando indica que, no julgamento da ADC, o relator poderá solicitar informações aos Tribunais superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. O STF questionará um Tribunal de Justiça estadual sobre uma norma federal contestada em sua jurisdição? Não seria o caso de se admitir a possibilidade da ADC para lei estadual, assim como ocorre na ADIn.?

Esta, aliás, era a proposta original apresentada por Ives GANDRA ao Deputado Roberto Campos, que não foi, entretanto, encampada pela base governista no Congresso Nacional em 1992.

Dúvida sobre os prazos

A Lei n. 9.868 vem regular um aspecto processual importante, que é o dos prazos.

Na ADIn., o relator pede informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. O parágrafo único do art. 6º prevê que tais informações deverão ser prestadas em trinta dias, contado do recebimento do pedido.

Na seqüência, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias (art. 8º). Somente vencidos estes prazos, determina o art. 9º, é que será lançado o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedido de dia para julgamento.

A questão dos prazos na ADC está redigida de maneira truncada, fruto da má técnica legislativa. Pelo art. 19 toma-se conhecimento que “Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias”.

O problema é que não há artigo anterior — no caso da ADC (do 13º ao 18º) — que mencione qualquer prazo, como ocorre na ADIn., conforme prevê o referido art. 8º. Ali era possível fazer referência a “vencidos estes prazos” pois o art. 6º estabelecia quais eram “estes prazos” — os 30 dias para que o relator ouvisse os órgãos ou autoridades. Já no caso da ADC não existe “prazo do artigo anterior”. Assim, o Procurador-Geral será ouvido depois de quanto tempo?

Na falta de um dado mais preciso, é possível delimitar-se este prazo como aquele contido no § 3º do art. 20, que estabelece que as informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Legitimados para propor a ação

A Lei n. 9.868 não inovou em relação aos legitimados para a propositura da ação, mantendo a mesma relação prevista pelo art. 102 da CF/88.

O art. 2º estabelece que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já o art. 13 limita os legitimados à proposição da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República.

Consultas ampliadas

Outra diferença prevista pela lei entre os dois institutos é em relação às fontes que deverão ser consultadas pelo Ministro relator na formação de seu juízo de valor sobre a constitucionalidade do ato ou lei que se pretende ver declarada.

Na ADIn, o relator pedirá informações:

- a) ao órgão do qual emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º);
- b) às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º);
- c) outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (§ 2º do art. 7º);
- d) ao Advogado-Geral da União (art. 8º);
- e) ao Procurador-Geral da República (art. 8º).

Já na Ação Declaratória de Constitucionalidade serão consultados, conforme estabelecem os arts. 19 e 20:

- a) o Procurador-Geral da República;
- b) o Perito ou comissão de peritos;
- c) pessoas com experiência e autoridade na matéria;
- d) Tribunais superiores;
- e) Tribunais federais;
- f) Tribunais estaduais.

Ressalte-se que no caso do Procurador-Geral a abertura de prazo de 15 dias para seu parecer é obrigatória. Os demais agentes serão ouvidos, se for o caso, para prestar “informações adicionais”, a critério do Ministro relator, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, como frisa o § 1º do art. 20.

Este é um aspecto relevante relacionado com o princípio do devido processo legal, tão criticado por parcela dos doutrinadores, como já visto anteriormente.

Em 1993, segundo relata Arnaldo WALD, Gilmar MENDES já previra a possibilidade de que quando fosse fixada a disciplina processual do instituto, o legislador deveria definir os pressupostos de admissibilidade da ação, autorizando a audiência de determinados órgãos ou segmentos sociais, outorgando direito de manifestação a certos entes. A consulta ampliada é prevista pela Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, que concede ampla possibilidade de manifestação aos órgãos do poder Legislativo, Executivo e Judiciário.³¹

Concessão de liminar

No que concerne à Medida Cautelar, tanto no caso da ADIn. quanto da ADC, o STF está autorizado a concedê-la, observadas as condições impostas pela lei. No caso da ADIn., o art. 10 determina que a liminar só será concedida após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias; o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República serão ouvidos no prazo de três dias (§ 1º).

Somente em caso de excepcional urgência (§ 3º), o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência destes órgãos ou autoridades. A liminar concedida terá eficácia contra todos e efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (art. 11, § 1º). Da mesma forma a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (§ 2º).

Em relação à ação principal, reza o art. 12 que havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

O procedimento para concessão de cautelar, no caso da ADC, é mais simplificado, como prevê o art. 21. Neste caso o STF determinará que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que

31 WALD, Arnaldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995, p. 25.

envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

O parágrafo único determina que, concedida a medida cautelar, o STF publicará no Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias.

O Tribunal deverá proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Procedência e improcedência

Segundo o art. 24, proclamada a constitucionalidade, torna-se Improcedente a ADIn. e Procedente a ADC; admitida a inconstitucionalidade entende-se Procedente a ADIn. e Improcedente a ADC.

Quanto à possibilidade de recurso, determina o art. 26 que a decisão é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Suspensão da declaração

Em relação à declaração de inconstitucionalidade e tendo em vista a segurança jurídica ou interesse social excepcional, o STF poderá tomar, por maioria de dois terços de seus membros, uma das três medidas admitidas pelo art. 27 da Lei n. 9.868: a) restringir os efeitos daquela declaração; b) decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado; c) decidir que ela só terá eficácia a partir de outro momento fixado pelo Judiciário.

Ao agir desta forma, o STF verdadeiramente não vai declarar a lei inconstitucional, invalidando-a. Antes disso, esta permissão mais se assemelha a uma *declaração de incompatibilidade*, nos moldes da doutrina alemã. A lei não determina qual será o “outro momento” que será fixado, mas o certo é que durante este período a lei atacada continuará em plena vigência.

No caso da segurança jurídica, o legislador brasileiro adota a fórmula originária da Áustria e consolidada na Alemanha, conforme ensina Paulo BONAVIDES³², recordando que Hans KELSEN, na formulação

32 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5. Ed., SP: Malheiros, 1994, p. 302.

da Constituição austríaca de 1920, lecionava que “se uma lei ou parte desta for invalidada como inconstitucional entram em vigor no dia da vigência da invalidação, caso o aresto não disponha de outra forma, as determinações legais que, segundo a lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional, haviam sido anuladas”.³³ Neste caso, o prazo máximo pela qual a sentença declaratória da inconstitucionalidade permaneceria “suspensa” antes de entrar em vigor não deveria ultrapassar a um ano.

O tribunal alemão, por seu turno, entendia que excepcionalmente, as disposições inconstitucionais deviam, em parte, ou totalmente, continuar tendo aplicação, se a peculiaridade da norma declarada inconstitucional se fizesse necessária por razões constitucionais, nomeadamente aquelas derivadas da segurança do direito.³⁴

Pode-se identificar ainda alguma semelhança com o instituto do “Apelo Constitucional”, segundo o qual o Tribunal Constitucional Federal alemão antes de declarar uma lei inconstitucional dirige-se ao legislador e, oferecendo-lhe diretivas, exorta-o a adaptar a lei questionada ao texto constitucional para sanar-lhe de qualquer vício. A lei questionada não é retirada do ordenamento e o legislador tem a opção de revogá-la, modificá-la ou completá-la.³⁵

Efeito e eficácia da sentença

O parágrafo único do art. 28 determina que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, *inclusive* a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Pelo menos três pontos deste parágrafo merecem ser melhor examinados, com base nos estudos de Gilmar MENDES³⁶, dada a importância que desempenham na questão do controle de constitucionalidade. Ta-

33 Citado por BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 305.

34 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 308.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. SP: Saraiva, 1996, p. 229.

36 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 267.

is aspectos referem-se à “Interpretação conforme a Constituição”, “Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” e “Efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

a) Interpretação conforme a Constituição: O Tribunal parte do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional, conforme é o princípio da constitucionalidade da lei.³⁷

Isto significa que a lei positivada não contraria o disposto na Constituição, antes, pelo contrário, está de acordo com os seus parâmetros. Se sua constitucionalidade for questionada, o Tribunal não deve negar sua legitimidade, visto que o legislador interpretou corretamente a Constituição no momento de elaborá-la. A interpretação conforme a Constituição resulta, por parte do órgão judiciário, numa declaração de constitucionalidade da lei.

Este tipo de interpretação só é possível quando o legislador manifestamente não comete nenhuma violência contra a expressão literal do texto, ou seja, quando não altera o significado do texto constitucional, ou, na expressão de Sepúlveda PERTENCE, não age “desconforme a Constituição”.³⁸

b) Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto: é o instrumento que o Tribunal dispõe quando pretende realçar que determinada aplicação da norma é contrária à Constituição, possibilitando maior clareza e segurança jurídica. Assim a lei “X” é inconstitucional se aplicável a tal hipótese.³⁹ O Tribunal deixa explícito que determinada hipótese de aplicação é inconstitucional, sendo nula somente esta parte. O restante do texto continua válido.

c) Efeito vinculante e eficácia *erga omnes*: Não só em relação aos órgãos do Poder Judiciário como também da Administração Pública federal, estadual e municipal, as decisões do STF terão efeito vinculante, obrigando todos estes entes a seguirem a orientação fixada pela Corte Suprema.

37 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 268.

38 Citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 272.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 275.

Esta eficácia *erga omnes* obsta, segundo Gilmar MENDES⁴⁰, que a questão seja novamente submetida à apreciação do STF, sob a forma de ADIn. Entretanto, mudando as circunstâncias fáticas, não há como evitar que, sob outro contexto, a matéria seja apreciada. É o caso da decisão do STF que concedeu prazo em dobro para a Defensoria Pública enquanto o órgão não estivesse estruturado. Se no ano seguinte a Defensoria fosse estruturada, poderia o STF mudar sua posição, desconsiderando a possibilidade de conceder-lhe o prazo dilatado. BRYDE entende que “os conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional”.⁴¹

O Poder Legislativo não é alcançado pelo efeito vinculante, pois, segundo Oswaldo PALU⁴², com a declaração de constitucionalidade, nada ocorre no mundo jurídico a não ser a certeza do direito, posto que os pressupostos de admissibilidade são a dúvida, a controvérsia e a incerteza. Mas a lei vige do mesmo modo pelo qual vigia antes da sentença e o Poder Legislativo não fica impedido de alterar ou revogar a norma, mesmo após declarada sua constitucionalidade pelo STF. Em sentido contrário, Clèmerson CLÈVE⁴³ entende que o efeito vinculante deveria, do mesmo modo, atingir também os atos do Poder Legislativo. “Não parece haver razão que justifique a discriminação”, assevera.

Outro ponto de divergência entre os doutrinadores é saber se a sentença vincula o próprio STF. José Afonso da SILVA⁴⁴ entende que sim, pois prevalece a teoria da coisa julgada material oponível a todos os órgãos judiciais, *inclusive* o que proferiu a decisão. Logo, o STF não poderá conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração e citando Nagib SLAIBI FILHO, o Supremo fica ungido à sua decisão, devendo seguir a mesma linha ainda quando se trate de julgamento de constitucionalidade incidental pelo Plenário.

40 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 281.

41 Citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 283.

42 PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade. SP: RT, 1999, p. 228.

43 CLEVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 209.

44 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 63.

Idêntica é a posição de José Rogério TUCCI⁴⁵, para quem se o pedido deduzido na ADC for reputado improcedente, a respectiva decisão, transitada em julgado, gozará igualmente de eficácia *erga omnes*, não mais podendo ser argüida perante qualquer Tribunal, *inclusive* a Excelsa Corte, a inconstitucionalidade da lei antes examinada.

Esta, entretanto, não é a opinião de Gilmar MENDES⁴⁶. Para ele, a expressão “demais órgãos do Poder Judiciário” indica que o STF não é alcançado pelo efeito vinculante. A autovinculação, na sua opinião, é inadmissível pois, se de um lado congela o direito constitucional, por outro obriga o Tribunal a sustentar tese errada ou já superada. Já a não observância do efeito vinculante pelos demais órgãos do Poder Judiciário caracteriza grave violação de dever funcional, típicos do dolo ou da fraude, previstos no inciso I do art. 133 do CPC.

Regras comuns para ADIn. e ADC

a) Agravo

ADIn. — Parágrafo único do art. 4º: Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

ADC — Parágrafo único do art. 15: Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

b) Desistência

ADIn. — Art. 5º: Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

ADC — Art. 16: Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

c) Intervenção de terceiros

ADIn. — Art. 7º — Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

ADC — Art. 18 — Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

d) Sustentação oral

O § 2º do art. 10 prevê que no julgamento do pedido de medida cautelar será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do reque-

45 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, p. 148.

46 MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. *Op. cit.*, p. 104.

rente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

e) Quorum

— Maioria absoluta — Necessário para deferir pedido de medida cautelar (art.21).

— Oito ministros — Número mínimo presente na sessão que decidir sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (art. 22).

— Seis ministros — Número de manifestações mínimas necessárias para que seja proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido, quer se trate de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 22).

Do contrário o julgamento será suspenso, sendo aguardado o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido (art. 23).

Alterações no Código de Processo Civil

A Lei n. 9.868, em suas disposições gerais, promove algumas alterações no Código de Processo Civil.

Embora a intervenção de terceiros, como visto anteriormente, esteja proibida, a nova redação do § 1º do art. 482 do CPC permite que o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

Já o § 2º prevê que os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

Na falta de detalhamento, infere-se que os titulares do direito de ação referidos no art. 103 sejam aqueles previstos nos incisos de I a IX, para a ADIn. e do § 4º, para a ADC. Desta maneira alargar-se-ia a possibilidade do exercício do contraditório, contemplando um dos aspectos do devido processo legal reclamado pelos juristas contrários à ADC.

Por fim a Lei n. 9.868 também procede a algumas alterações na Lei n. 8.185/99, que trata da organização judiciária do Distrito Federal, adequando-a ao novo texto.

Considerações finais

1 — É fato que a sociedade moderna necessita de instrumentos mais ágeis para resolver os novos conflitos, difusos, coletivos, individuais homogêneos. Em tese, tanto a ADIn. quanto a ADC se colocam ao lado de instrumentos adequados a este tempo, como o Mandado de Injunção, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor;

2 — A Constituição de 88, ao ampliar os legitimados para o exercício da ADIn., possibilitou a democratização do acesso à justiça e o exercício mais ativo da cidadania. Da mesma forma ao incorporar o texto da EC n. 3, dando vida jurídica a ADC, aprofundou o grau de controle sobre a constitucionalidade das leis;

3 — Com estas duas medidas, o controle sobre a produção das leis concentrou-se cada vez mais no órgão de cúpula da justiça brasileira, em detrimento do controle difuso exercido na base do Judiciário;

4 — Os efeitos da sentença — *erga omnes* e vinculante — representam uma tentativa de dar mais agilidade à justiça e pôr fim à morosidade, hoje apontada como um dos mais graves problemas do Poder Judiciário brasileiro;

5 — A preocupação de parcela dos juristas com a questão do devido processo legal é pertinente e deve ser observada a todo instante. Num regime onde a tripartição dos poderes é desequilibrada em favor do Executivo, qualquer desatenção dos operadores jurídicos resultará em danos para os direitos e as garantias individuais;

6 — Com a edição da Lei n. 9.868, o legislador brasileiro procurou regulamentar o processo e o julgamento tanto da ADIn. quanto da ADC perante o STF, levando em conta as manifestações doutrinárias e a orientação jurisprudencial do próprio STF;

7 — A questão é saber como reagirá o Judiciário ordinário de 1º e 2º graus diante do novo diploma legal. Da mesma forma, afastada de uma vez todos possíveis aspectos inconstitucionais da ADC, importa saber como será recepcionado o referido texto legislativo pelos constitucionalistas brasileiros.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed., SP: Malheiros, 1994.
- BRITO, Evaldo. *Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. SP: Revista dos Tribunais, 1995.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. SP: Saraiva, 1995.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. SP: Saraiva, 1996.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. SP: RT, 1999.
- SCARTEZZINI, Ana Maria. *A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais*. In MARTINS, Ives Gandra

da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed., SP: Malheiros, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.

WALD, Arnaldo. *Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. SP: Saraiva, 1995.